

Desistência da Pretensão Recursal no Julgamento por Amostragem em Recursos Repetitivos e o Novo CPC*

Haroldo Lourenço

Advogado. Mestrando na Universidad de Jaén (Espanha). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF) e em Processo Constitucional (UERJ). Professor de Direito Processual Civil nos seguintes cursos (presencial, telepresencial e on line): Rede de ensino LFG, Praetorium/BH, Forum, Lexus, Atualização e Capacitação Profissional na Advocacia Cível da OAB-RJ, no CEPAD - Complexo Educacional Damásio de Jesus), Ênfase Praetorium, Foco Treinamento Jurídico, Centro de Estudos Guerra de Moraes, Multiplus Cursos e Concursos.

RESUMO

O direito processual civil brasileiro vem passando por diversas modificações, em que cada vez mais se busca uma harmonização com o espírito da Constituição, consagrando princípios como a segurança jurídica e efetividade, buscando uma uniformidade e estabilidade da jurisprudência. A partir da EC 45/04 ocorreram inúmeras minirreformas, dentre elas destaca-se o julgamento por amostragem, aplicável aos recursos repetitivos. O julgamento por amostragem, juntamente com outros dispositivos, se contextualiza nos ditames do sistema da *common law*, em que os precedentes judiciais representam o entendimento a ser seguido por todo o Judiciário. A adoção desse novo sistema, em alguns momentos, tem

* Uma primeira versão do presente artigo ("Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos. Uma proposta") foi publicada na **Revista Forense**, v. 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p. 587 e pela Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. A versão atual foi reescrita, principalmente por força do Projeto para a elaboração de um Novo Código de Processo Civil, onde a posição defendida naquele trabalho parece ter sido adotada.

esbarrado em outros institutos, como a desistência recursal, que é um ato processual unilateral, independente da anuência da parte contrária ou da discricionariedade judicial. Tal ponto foi enfrentado pelo STJ, sendo o objeto do presente artigo a análise da posição adotada, divergindo da mesma e propondo novos contornos, em análise sistemática de diversos outros institutos processuais, como a dimensão coletiva dos recursos extraordinários, os deveres das partes, os atos de *contempt of court*, os efeitos dos atos processuais e a desistência da pretensão recursal.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. INFLUÊNCIAS DO *STARE DECISIS*

Com o notório objetivo de debelar o que se costuma designar de *crise da justiça*, nossa legislação processual vem sendo, sucessivamente, reformada. Hoje, o objetivo de qualquer processualista é buscar meios de colaborar com a celeridade processual, a efetividade da tutela jurisdicional sem contudo, afastar-se de valores e garantias processuais mínimas.

A expressão utilizada, *crise da justiça*, pode soar excessiva e imprópria ou como uma vazia crítica ao Judiciário. Não é esse o propósito. Na esteira do defendido por Araken de Assis¹, *“Na verdade, busca-se nela expressar que a prestação jurisdicional prometida pelo Estado, no Brasil e alhures, tarda mais do que o devido, frustrando as expectativas dos interessados.”*

Como é cediço – sendo enfadonha uma eventual digressão sobre o tema – o advento da Emenda Constitucional 45/2004 foi um marco na atividade legislativa de reforma da lei processual, notadamente a civil.

Um grande marco em nosso ordenamento foi a adoção do sistema de súmulas vinculantes, em que, na forma do art. 103-A da CR/88, o STF poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

1 "Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil". In: **Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. P. 196.

Sempre se afirmou que o Brasil se encontra filiado ao sistema jurídico conhecido por *civil law*, justamente por emprestar especial relevo à norma escrita e não se submete ao império do *stare decisis*, em que os precedentes firmados pelos tribunais superiores exercem força vinculante nos juízos inferiores.

A partir de então se percebeu, definitivamente, que não se adotava mais no Brasil o sistema da *civil law* puro, sendo bastante mitigado e influenciado pelo sistema da *common law*.

Nesse contexto, uma das características de grande parte dessas leis é a tentativa de adoção, tanto quanto possível, da uniformização de soluções para situações uniformes. O legislador incorporou as decisões judiciais por amostragem para a sociedade de massa. Assim foi com o art. 285-A (julgamento liminar de mérito ou improcedência *prima facie*), com o art. 518, § 1º (súmula impeditiva de recurso), com os arts. 543-A e 543-B (repercussão geral por amostragem no recurso extraordinário), com a Lei 11.417/2006 (súmula vinculante) etc.

Desde a edição das Leis nº 11.418/06 e nº 11.672/08, as quais incluíram, respectivamente, os artigos 543-B (repercussão geral por amostragem²) e 543-C ao CPC, a análise de recursos especiais e extraordinários repetitivos, quanto à questão combatida, ganhou um novo procedimento; o denominado julgamento por amostragem.

Nesse sentido, havendo multiplicidade de recursos, com fundamento em idêntica questão de direito, um ou mais serão selecionados e encaminhados ao STJ e ao STF para representarem a controvérsia, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo. Assim, tal previsão legal alcança todo e qualquer recurso cuja matéria de fundo seja estritamente de direito e tenha grande volume de demandas com o mesmo objeto em discussão no Poder Judiciário. Realizado o julgamento nos recursos por amostragem, os demais terão o mesmo destino daqueles que foram destacados para julgamento.

Tais inovações legislativas não são inéditas no cenário mundial, como noticia José Carlos Barbosa Moreira³, pois, a Argentina, através da

2 DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3. p. 272.

3 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. in **Comentários ao Código de Processo Civil**, Volume V. Forense: RJ, 2008, p. 615 e SS.

Lei 23.774, de 5 de maio de 1990, e os Estados Unidos, 28U.S.C., § 1.257; *Rule 10* das *Rules of the Supreme Court*, são exemplos de como vem sendo enfrentado o problema do acúmulo de trabalho nas Cortes Supremas.

As técnicas de recursos repetitivos (art. 543-B e 543-C do CPC) e da repercussão geral (art. 102 § 3º da CRFB/88 e 543-A e B do CPC) se encaixam no perfil das chamadas “causas piloto” ou “processos teste” (*Pilotverfahren ou test claims*), no qual, para resolução dos litígios em massa, “*uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais*”⁴. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para contencioso administrativo)⁵.

Essa nova conotação adotada pelo nosso legislador demonstra, nitidamente, que o “Código-Buzaid”, aos poucos, vem sendo derogado pelo novo Direito Processual Civil, que é, na essência, um Direito Processual Constitucional, invariavelmente.

O modelo de legislação seguido por Buzaid começou a enfraquecer principalmente com as reformas introduzidas pelas Leis nº 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05.

Inicialmente, um grande salto evolutivo foi consumado, a tutela de urgência, antes concentrada no processo de cautelar e em procedimentos especiais, foi generalizada no procedimento ordinário, como se observa do art. 273 e § 3º do art. 461, permitindo-se, ainda, no bojo do procedimento padrão, a prática de atos executivos.

Posteriormente, tais alterações foram “aperfeiçoadas”, em que foi alterada a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, iniciada pelo CDC, art. 84 e generalizada no art. 461, § 5º do CPC.

Finalmente, o paradigma liebmaniano foi rompido, o dogma da necessidade de um processo autônomo para a execução ruiu; pugna-se pela divisão dos processos pelas funções exercidas e não pela atividade.

Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁶ fazem a seguinte síntese sobre a nova era do processo civil brasileiro:

4 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas”. In: DIDIER JR, Fredie. **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 146.

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O tratamento dos processos repetitivos. O processo: estudos e pareceres**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 31.

6 **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. RT: SP, 2008, p. 93.

“A efetividade do processo é um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro. Essa nova impostação, todavia, não desampara a outros valores igualmente fundamentais para conformação de nosso formalismo, como a segurança jurídica, a participação das partes e do juiz no processo e a autonomia individual. Todos são igualmente prestigiados na construção da tutela jurisdicional adequada aos casos concretos levados a juízo. O formalismo do processo civil é um formalismo valorativo. O sincretismo entre a atividade cognitiva e aquela destinada a realização prática dos direitos, a inserção de técnicas processuais antes reservadas, tão-somente, aos procedimentos especiais no procedimento comum (como, por exemplo, a tutela satisfativa antecipada), o estímulo à cooperação ao longo do processo do juiz com as partes e das partes com o juiz e a flexibilização das exigências formais em atenção à obtenção da justiça do caso concreto marcam o Código Reformado”.

2. JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS NO NOVO CPC

O Projeto de Lei para um Novo CPC, elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux parece ter caminhado por essa trilha, prevendo no art. 953 e seguintes do anteprojeto o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

A ideia central parece ser a mesma, ou seja, sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STF ou ao STJ independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.

Caso o tribunal de origem não adote tal postura, o relator no tribunal superior, ao identificar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Há, contudo, previsão de um prazo máximo de suspensão correspondente a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator. De igual modo, o anteprojeto regulamenta a desistência recursal para a hipótese, porém, mais a frente enfrentaremos o ponto.

Por fim, considera-se julgamento de casos repetitivos tanto o dos recursos especial e extraordinário repetitivos, como o do incidente de resolução de demandas repetitivas. Pretende-se criar, buscando prevenir ou compor divergência a respeito de relevante questão de direito ou controvérsia sobre a qual penda multiplicidade de recursos buscando o mesmo resultado (art. 865 do Anteprojeto). Tal incidente muito se assemelha com o incidente de uniformização de jurisprudência existente nos arts. 476 a 479 do atual CPC, contudo, tem à vantagem de ser vinculante para todos os órgãos fracionários⁷.

3. DIMENSÃO COLETIVA DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Notoriamente, com a edição de tais procedimentos, onde se adotou um julgamento por amostragem nos Recursos Extraordinários e Especial, foi ratificada a dimensão coletiva dos recursos excepcionais⁸. Tais recursos guardam como missão fundamental buscar a inteireza da interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional. Nesse contexto, têm como finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto⁹.

Tal dimensão, mesmo nos que não repetitivos, ostenta a nobre função de resguardar o direito objetivo, mantendo a coesão do ordenamento jurídico. É, a rigor, uma consequência inafastável do sistema político nacional, em razão da necessidade de uniformização na aplicação e interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional.

Não podemos nos afastar da ideia original de que nosso recurso extraordinário foi extraído diretamente do *writ of error* do direito saxônico,

7 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

8 Estamos nos referindo, ao usar a expressão recursos extraordinários, contida no art. 467 do CPC, ao recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência, muito embora tal classificação seja criticada doutrinariamente, por ser desprovida de valor científico: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

9 BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

que nasceu na Inglaterra, com a finalidade de, segundo José Afonso da Silva, “*corrigir erros de direito em favor da parte prejudicada*”, desenvolveu-se e passou às colônias inglesas, entre as quais os Estados Unidos da América do Norte.

Na maioria das legislações comparadas o recurso extraordinário se presta a atacar decisões transitadas em julgado¹⁰, todavia, em nosso ordenamento tem natureza de recurso, prolongando o direito de ação, pois, interno à relação jurídica processual.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, criado pelo constituinte de 1988, com o escopo de desafogar o crescente número de recursos extraordinários, está ontologicamente associado ao Supremo Tribunal Federal; basta, para tanto, conferirmos alguns Enunciados do STF que continuam a influenciar indiretamente no juízo de admissibilidade do recurso especial, em razão da própria origem deste, valendo-se o STJ da longa experiência vivida pelo STF, como bem observou Marcelo Abelha Rodrigues¹¹. À guisa de ilustração confira-se o Enunciado 400 STF.

Com a criação da repercussão geral (CR/88, art. 102, § 3º, acrescentado pela EC 45/04, dispositivo regulamentado pela Lei nº 11.418/06) e, posteriormente, com a expansão da análise por amostragem também para o STJ, na forma do art. 543-C, introduzida pela Lei nº 11.672/08, como já citado, tornou-se indene de dúvidas a dimensão coletiva de tais recursos.

Ao ser selecionado um recurso especial ou extraordinário para julgamento por amostragem acentua-se a sua dimensão coletiva, assemelhando-se à tutela jurisdicional prestada em demandas coletivas (ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo), visando à fixação de uma tese jurídica geral, em simetria ao que ocorre em processos coletivos em que se discutam direitos individuais homogêneos, os denominados na feliz expressão de Barbosa Moreira, “*direitos acidentalmente coletivos*”¹².

Não obstante o Brasil, no campo do processo coletivo, possuir farta legislação, com inúmeros instrumentos aptos a proteger os interesses

10 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

11 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil** – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1ª e 2ªs graus; recursos; execução; tutela de urgência. 4. Ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 561.

12 Pois, por ficção jurídica, o legislador permitiu que em casos específicos de interesse social fossem tais direitos tratados de modo coletivo, visando a uma maior efetividade e economia processual.

coletivos (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo etc.), existem propostas de um código de processo coletivo, tendo por finalidade compilar, em um Código próprio, as ações coletivas em geral¹³.

Por essa trilha, teríamos mais uma previsão esparsa de uma tutela coletiva, inserida no CPC pelo legislador reformador, visando a uma melhor tutela jurisdicional e a um acesso efetivo à justiça.

4. DEVERES DAS PARTES. *CONTEMPT OF COURT*

Por outro prisma, como cediço, a alteração perpetrada pela Lei nº 10.358/01, no CPC, art. 14, consagrou obrigações genéricas inerentes não somente às partes e seus procuradores, mas a todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, ou seja, tais obrigações transcendem as partes e seus procuradores, atingem um universo maior de pessoas, como intervenientes, o Ministério Público, os auxiliares da justiça etc.

Entre as obrigações estatuídas no art. 14, encontramos no inciso II, a mais abrangente de todas; a rigor, agir com lealdade e boa-fé abrange todas as demais obrigações e implica o dever de agir com honestidade no curso do processo. Tal dispositivo se entrelaça com o art. 17, em que existe a previsão de diversas condutas reputadas como litigância de má-fé. Enquanto o art. 14 estabelece obrigação das partes agirem com lealdade e boa-fé, aquele, em um rol exemplificativo¹⁴, traz situações em que se considera ter o litigante atuado de má-fé.

No direito brasileiro tem sido pouco desenvolvido o tema da lealdade processual, contudo, além do art. 14, há outros deveres éticos das partes, como comportar-se convenientemente em audiência (art. 445, II do CPC), não atentar contra a dignidade da justiça (art. 599, II do CPC), tratar as testemunhas com urbanidade (art. 416 § 1º do CPC).

Para incidir tal dispositivo é preciso que o litigante tenha agido voluntariamente para responder por má-fé, ou seja, deve agir voluntária e conscientemente, *v. g.*, no sentido de deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, sabendo que assim está atuando.

A desobediência aos quatro primeiros incisos redundará nas sanções previstas no capítulo seguinte, o qual trata a responsabilidade das partes

13 Nesse sentido, confira-se: LOURENÇO, Haroldo de Araújo. "Teoria Dinâmica do ônus da prova e o acesso à justiça". Monografia de pós-graduação. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008, p. 116-117.

14 No sentido do rol do artigo 17 não ser exaustivo. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

por dano processual (art. 16/18), revertendo-se à parte contrária. Quem litiga de má-fé pratica ato ilícito e deve responder pelos danos que causou à parte contrária.

Em distinção aos quatro primeiros incisos do art. 14, encontramos o inciso V, introduzido pela Lei nº 10.358/01, diferente dos demais deveres insertos no mesmo dispositivo, todavia, antes da mencionada lei.

Nessa hipótese, não cumprindo com exatidão os provimentos mandamentais ou criando embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, a punição está no parágrafo único do art. 14, consagrando, em nosso ordenamento, o princípio anglo-saxão do *contempt of court*.

Certo é a existência de inúmeras críticas quando a postura branda tomada pelo legislador nesse dispositivo, o qual poderia ter sido mais amplo e mais efetivo. Por exemplo, o art. 14, parágrafo único, exclui o advogado, diferentemente do previsto no projeto de lei, tratando-se de uma arbitrariedade que somente pela lógica do absurdo poderia prevalecer. Seria indecente imunizar os advogados não só às sanções referentes aos atos desleais e ilícitos, como também aos próprios deveres éticos inerentes ao processo¹⁵. Há quem sustente que o *contempt of court* brasileiro já nasce praticamente morto¹⁶.

Em sua Exposição de Motivos, o então Ministro da Justiça, José Gregori, ao comentar o Projeto de Lei 3475/2000, que redundou na Lei nº 10.358/01, afirma, quanto ao art. 14, que:

“o projeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, ...”

“O inciso V, que o projeto acrescenta, bem como o parágrafo único, visam estabelecer explicitamente o dever de cumprimento dos provimentos mandamentais, e o dever de tolerar a efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatórios ou finais, com a instituição de sanção pecuniária a ser imposta ao responsável pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição, como atividade estatal inerente ao Estado de

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 68.

16 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Paixão e morte do contempt of court brasileiro**. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 219.

*Direito. Em suma: repressão ao **contempt of court**, na linguagem do direito anglo-americano.”* (grifos no original)

Vislumbro a possibilidade da cumulação das sanções por litigância de má-fé e ato atentatório ao exercício da jurisdição, quando se violar concomitantemente o disposto nos incisos I a IV e no inciso V do art. 14. Assim, os fatos geradores são distintos, todavia, guardam o mesmo caráter punitivo. As sanções ofender pessoas distintas. Na litigância de má-fé o destinatário de quantia imposta será a parte contrária, pois este foi ofendido. Na hipótese de ato atentatório ao exercício da jurisdição reverter-se-á em favor da União ou do Estado, pois o Judiciário foi agredido.

5. EFEITOS DOS ATOS PROCESSUAIS

Os atos processuais, independentemente de quem os pratique, consistem em uma espécie de atos jurídicos, qualificados pelo caráter processual da mudança jurídica, a implicar uma constituição, modificação ou substituição no processo¹⁷. São processuais os atos que têm importância jurídica no tocante à relação processual, ou seja, “os atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual”¹⁸. O que caracteriza o ato como processual não é sua prática no processo, mas o seu valor ou a sua repercussão para o processo¹⁹.

Os atos praticados pelas partes podem ser unilaterais ou bilaterais, consoante se depreende da dicção do art. 158 do Código de Processo Civil. São unilaterais os atos da parte que independem da concordância da parte contrária. Já os bilaterais assim se identificam, quando, para serem praticados pela parte, dependem da confluência da manifestação de vontade da parte contrária, a exemplo do que sucede com a transação (CPC, art. 269, III).

Os atos das partes, uma vez praticados, produzem efeitos imediatos no processo, gerando a pronta e instantânea modificação, constituição ou extinção de direitos processuais (CPC, art. 158). O único ato das partes que não produz efeitos imediatos é a desistência do exercício do direito

17 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 477.

18 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 20.

19 CARNELUTTI, Francesco. *Ob. cit.*, p. 477.

de ação, bem como a desistência da execução, a qual deve ser requerida por advogado que detenha poderes especiais para tanto (CPC, art. 38, segunda parte), em que sua eficácia somente se opera depois de homologada por sentença (CPC, art. 158, parágrafo único e art. 795), que irá extinguir o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VIII).

Observe-se que a doutrina admite a submissão de ato processual a condição, desde que intraprocessual, rejeitando-se a condição extraprocessual. Tomemos como exemplo, a denunciação da lide (uma cumulação eventual) ou de um recurso adesivo interposto apenas na hipótese de provido o recurso principal²⁰.

Enquanto não apresentada a resposta, o autor poderá, unilateralmente, desistir do exercício do direito de ação (CPC, art. 267, § 4º). A partir de tal momento, ou seja, depois da resposta do réu, o autor somente poderá desistir da ação, se contar com a concordância deste. Nessa ótica, a desistência será bilateral.

Ainda nesse ponto, para não perder o foco do presente trabalho, desistência do recurso é ato pelo qual o recorrente manifesta ao órgão jurisdicional a vontade de que não seja julgado, e, portanto, não continue a ser processado, o recurso que interpusera²¹. Muito comum a doutrina equiparar a desistência recursal à revogação, ou seja, o recurso é uma demanda e, portanto, pode ser revogada pelo recorrente²².

É ato unilateral, portanto, independe de anuência dos litisconsortes, tampouco da outra parte (CPC, art. 501), o que deve ser observado, somente, é se o advogado ostenta poderes especiais para o ato (CPC, art. 38). Assim, produzirá efeitos imediatos, independentemente da lavratura de termo e da homologação pelo órgão jurisdicional (CPC, art. 158)²³. Enfim, nas palavras de Didier Jr.²⁴, *“estão incorretas as expressões ‘pedir desistência’ e ‘pedido de desistência’. Não se pede a desistência; desiste-se.”*

20 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I. p. 250-251.

21 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126.

22 DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3, p. 38.

23 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

24 DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3, p. 40.

Observe-se, contudo, que a desistência ou a renúncia pressupõem, igualmente, que já tenha ocorrido publicação da decisão²⁵. O próprio STJ já admitiu que a desistência realize-se antes que se termine o julgamento²⁶. De igual modo, o STF não permite a desistência do recurso extraordinário após ter sido prolatada a decisão, mesmo que ainda não publicada²⁷. A desistência não comporta condição ou termo. Esta pode ser expressa (v.g. petição ou em sustentação oral) ou tácita (art. 523 § 1º), bem como a desistência não torna inadmissível o recurso, torna-o inexistente²⁸.

No diapasão, o citado mestre²⁹ conclui:

“É desnecessária, em qualquer caso, a lavratura de termo. Nem sequer exige o Código que a desistência do recurso seja homologada, conforme resulta do disposto no art. 158, caput: a exceção contemplada no parágrafo único apenas concerne à desistência da ação. O órgão judicial, tomando conhecimento da desistência do recurso e verificando-lhe a validade, simplesmente declarará extinto o procedimento recursal.”

Tanto é assim que havido desistência, se a parte recorrer da sentença homologatória de tal desistência, o recurso não será conhecido pela ocorrência de um pressuposto processual negativo de sua admissibilidade, pois, a parte manifestou a vontade de desistir, exceto caso se trate de impugnar a validade da desistência, manifestada pelo procurador sem poderes especiais.

Enfim, a desistência recursal é fruto de uma manifestação da autonomia privada das partes no processo (princípio dispositivo), assegurada constitucionalmente; autonomia privada que vem sendo flexibilizada pela tendência de ativismo judicial, mas, ordinariamente, fruto de uma autorização legal.

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

26 Questão de Ordem no REsp 556.685-PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 11.02.2004.

27 AgReg no RE 212.671-3, 1ª T., rel. Min. Carlos Brito, j. 02.09.2003, DJ de 17.10.2003, p. 20.

28 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 126. DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3. p. 51.

29 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 126.

6. DESISTÊNCIA EM RECURSOS REPETITIVOS SELECIONADOS PARA JULGAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Firmadas tais premissas, recentemente, o STJ, mediante a questão de ordem suscitada pela Ministra Nancy Andrighi, enfrentou uma tormentosa questão: Selecionando-se um recurso para julgamento, quando já pronto para ser levado a debate no órgão do STF ou STJ, pode o recorrente desistir dele?

Foi isso que ocorreu no julgamento por amostragem perante o STJ, em 17.12.2008, em que, na análise da legalidade ou não da cláusula que, em contratos bancários, prevê a cobrança da comissão de permanência na hipótese de inadimplência do consumidor, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos REsp's 1.058.114 e 1.063.343.

O julgamento foi iniciado, quando tiveram três votos no sentido de que o julgamento deveria prosseguir indiferentemente à desistência e um voto aceitando o pedido do banco. Na ocasião, a ministra relatora, Nancy Andrighi, propôs uma solução conciliatória: a desistência seria homologada, mas somente após o julgamento. Assim, a consequência prática para as partes seria a mesma, e o tribunal firmaria o precedente normalmente.

O voto-vista do ministro Nilson Naves, proferido durante a sessão, foi além e defendeu que o pedido de desistência fosse negado definitivamente. O posicionamento ganhou adeptos e acabou mudando o voto da própria relatora. O julgamento terminou com cinco votos contra a desistência, quatro pela posição intermediária e apenas um a favor dos bancos, proferido pelo ministro Otávio de Noronha.

Segundo o ministro Nilson Naves, o indeferimento do pedido do banco atende ao objetivo da celeridade processual e ao direito coletivo. Aceitar a desistência em cima da hora nos casos repetitivos, diz, seria entregar ao recorrente o poder de protelar ou manipular o resultado dos julgamentos. Na mesma linha foi Ari Pagendler: *“O recurso especial serve para proteger o ordenamento jurídico e o pedido de desistência protege apenas o interesse individual. O tribunal não pode ser obstado pelo interesse da parte”*, afirmou.

Destarte, não será mais permitida a desistência do recurso, sendo a parte obrigada a ter seu recurso analisado no mérito, mesmo que assim não mais deseje.

Enfim, temos de um lado o direito de o recorrente desistir da sua pretensão recursal e do outro, o interesse coletivo na formulação da orientação quanto a idêntica questão de direito existente nos múltiplos recursos.

Essa é a questão proposta no presente trabalho, eis que guardamos reservas ao posicionamento sufragado pelo STJ.

7. A DESISTÊNCIA NO JULGAMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS NO NOVO CPC

Como mencionado, o anteprojeto para um novo CPC mantém a sistemática dos julgamentos dos recursos repetitivos; contudo, o art. 911, *caput*, do mencionado Projeto, afirma que o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso; porém, no julgamento de recursos repetitivos, a questão ou as questões jurídicas, objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo STJ ou pelo STF.

Nesse sentido, a tese que já havíamos defendido prevaleceu: não se pode impedir a desistência recursal, muito embora deva ser firmada a questão jurídica debatida³⁰. Esse posicionamento, com a divulgação do Anteprojeto para o novo CPC, foi aplaudido por renomada doutrina, afirmando ser a desistência ineficaz quanto à obtenção da unidade do direito³¹. Noutro giro, já está sendo crítica, afirmando-se que o “*objetivo seria nobre, mas a que custo?*” e, continua, afirmando que seria criado um incidente processual no tribunal, sem, contudo, existir processo em trâmite. Por fim, conclui afirmando que o melhor seria a adoção da tese consagrada pelo STJ, indeferindo o pedido de desistência³².

8. UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA. CONCLUSÃO

Diante de tal conflito, reporto-me às palavras de Luis Roberto Barroso, ao realizar irretorquível digressão sobre os direitos fundamentais e a necessidade de ponderação “*...assim, restringem-se direitos fundamentais,*

30 Vide: LOURENÇO, Haroldo. "Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos". Uma proposta. **Revista Forense**, Volume 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p. 587. Publicado também pela Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.abdpc.org.br>.

31 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

32 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2011, p. 625.

*a fim de assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, ser atendidos absolutamente e plenamente*³³.”

Não podemos nos afastar da ideia de que a parte pode, realmente, precisar da desistência para que se realize um acordo, celebre um negócio jurídico ou por qualquer outro motivo legítimo. De igual modo, como cedo, os recursos são regidos pelo princípio dispositivo.

Por outro lado, não se pode afastar o interesse coletivo inerente ao julgamento do Recurso selecionado, o qual servirá de paradigma para inúmeros outros existentes em todo o Brasil.

O pedido de desistência, nesse caso, cremos deva ser devidamente fundamentado, expondo claramente as razões da desistência (a celebração de um negócio jurídico ou qualquer outro motivo legítimo), pois, do contrário, transparecendo que o pedido de desistência está sendo formulado em situação desprovida de boa-fé, no mínimo, se está atentando contra dignidade do exercício da jurisdição, exatamente na hipótese do inciso V do art. 14, ou seja, criando embaraço ao cumprimento de um provimento à efetivação de provimentos judiciais, em nítido ato de *contempt of court*, merecendo reprimenda pecuniária a ser imposta pelo magistrado, no exercício do seu poder atípico de polícia (*contempt power*).

Creio que o guardião da legislação federal não pode, por via transversa, negar vigência ao art. 501 e ao art. 158, negando ao recorrente o direito de desistir da pretensão recursal, todavia, como ressaltou a ilustre Ministra, a análise da questão repetitiva também não pode ficar frustrada. Como solucionar tal impasse? Segue nossa modesta proposta.

Reporto-me agora a outro mestre do direito³⁴, em célebre parecer, que, citando Francesco Carnelutti, diferenciou (i) questão incidente, (ii) incidente do processo e (iii) processo incidente:

Tenha-se presente a distinção entre questão incidente, incidente do processo e processo incidente, lembrando-se das preciosas lições de Francesco Carnelutti. Certas questões que incidem sobre o processo, ou seja, que recaem sobre ele (incident) são desde logo decididas sem maiores desvios no procedimento, como é o caso das preliminares de carência de ação,

33 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 210.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal". *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 105, p. 191-206, 2002.

coisa julgada ou incompetência absoluta, etc. No extremo oposto, há discussões que se travam em novo processo, distinto do primeiro mas incidente a ele, como são os embargos do executado, os de terceiro ou os embargos ao mandado de pagamento ou entrega (processo monitório). No entremeio, há questões cujo surgimento não ocasiona a formação de processo novo, mas provocam desvios procedimentais significativos, ora com suspensão do procedimento principal, ora sem ela (ex.: as exceções de suspeição, impedimento, incompetência relativa). (grifos no original)

Nesse diapasão, partindo-se do esclarecimento realizado pelo mestre paulista, quando se seleciona um ou mais recursos para julgamento, sendo pedida a desistência em tais recursos, deve ser instaurado um novo procedimento, na verdade, um processo incidente, por impulso oficial, não se confundindo com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação da parte.

O pleito de desistência individual deve ser acolhido, produzindo seus regulares efeitos; todavia, a partir de então, o magistrado deve determinar a instauração de um processo incidente, tendo como único objetivo a solução da questão repetitiva, que servirá de paradigma a ser seguido pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos recursos sobrestados para julgamento. Destarte, tal processo incidente surge como o único objetivo: *fixar a questão jurídica repetitiva, refletindo um objeto litigioso coletivo*.

Creemos que esta seja a única forma de coadunarmos os interesses contrapostos, permitindo, assim, a definição da tese jurídica a ser adotada pelo tribunal superior ou pelo STF, não prejudicando a perda de interesse superveniente do recorrente, prevista no art. 501 do CPC.

Tal proposta de solução, cremos não ser novidade ou totalmente inédita em nosso ordenamento, inspira-se em um incidente de inconstitucionalidade ou de uniformização de jurisprudência gerado no Tribunal, previsto no arts. 476 e 480, ou até mesmo no incidente para o deslocamento da competência, inserto no art. 555, § 1º do CPC; por óbvio, somente na sua dinâmica, que pode ser instaurado por iniciativa do magistrado.

Infelizmente, nessa parte, nossa tese não foi adotada, restando uma lacuna no anteprojeto sobre o ponto. O ponto já foi percebido por arguta doutrina, afirmando que se reconheceu o interesse público no julgamento da questão paradigmática, ensejadora da multiplicação dos recursos excepcionais, contudo, não se esclareceu como se procederá na hipótese³⁵.

Enfim, ainda que não se adotasse a tese acima defendida, no mínimo, seria mais fácil permitir a desistência e, posteriormente, suspender o procedimento para a escolha de outro recurso paradigma.❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken. "Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil". *In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BORRING, Felipe. "Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no novo Código de Processo Civil". **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VII.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, 5: recursos, processos e incidentes no tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. "O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas". *In: DIDIER JR, Fredie. Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodvm, 2008.

35 BORRING, Felipe. "Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no novo Código de Processo Civil". **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VII, p. 36.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.

DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. "Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal". **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 105, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O tratamento dos processos repetitivos**. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. **Paixão e morte do *contempt of court* brasileiro**. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

LOURENÇO, Haroldo. "Teoria Dinâmica do ônus da prova e o acesso à justiça". Monografia de pós-graduação. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008.

_____. "Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos". Uma proposta. **Revista Forense**, Volume 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p. 587. Publicado também pela

Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.ab-dpc.org.br>.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. RT: SP, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**, Volume V. Forense: RJ, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1ª e 2ªs graus; recursos; execução; tutela de urgência**. 4. Ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.